

As Funções dos Direitos e das Garantias Constitucionais Fundamentais na Nova Hermenêutica Constitucional na CR/1988

The Functions of Rights and Fundamental Constitutional Guarantees in the New Constitutional Hermeneutics in the Federal Constitution of 1988

Amarildo Lourenço Costa¹

RESUMO: Os direitos e garantias constitucionais fundamentais ocupam posição central na Constituição Federal de 1988 e no ordenamento jurídico brasileiro, irradiando, como seu fundamento axiológico, força que a esse ordenamento confere legitimidade, sentido e coesão, na órbita do princípio da dignidade da pessoa humana, atuando na direção de seu enraizamento e facticidade, e, assim, funcionando como novo paradigma e novo método de pensamento para a nova hermenêutica constitucional. Nessa esteira, a atividade do intérprete deve voltar-se para a concretização de tais direitos e garantias, enfatizando, ao grau mais elevado possível, a sua efetividade social, privilegiando sua efetiva proteção tanto no âmbito estatal quanto nas relações entre particulares, devendo, assim, configurar um novo método de pensamento a dominar o esforço intelectual de interpretação da norma constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: hermenêutica; direitos fundamentais; garantias fundamentais; concretização; multifuncionalidade.

ABSTRACT: The rights and fundamental constitutional guarantees occupy a central position in the Federal Constitution of 1988 and in the Brazilian legal system, brightening with its axiological foundations, strength that this planning confers legitimacy, meaning and cohesion, in the orbit of the principle of the dignity of the human being, acting towards its rooting and factuality, and thus, functioning as a new paradigm and new method of thinking to the new constitutional hermeneutics. In this sense, the interpreter's activity must be turned to the realization of such rights and guarantees, emphasizing to the highest possible degree the social effectiveness, favoring its effective protection both at the state level and in relations

¹ Advogado. Professor da Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (FADIVALE). Mestrando em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna-MG.

between individuals, therefore should set up a new thinking method to dominate the intellectual effort of interpreting the constitutional rules.

KEYWORDS: hermeneutics; fundamental rights; fundamental guarantees; implementation; multifunctionality.

INTRODUÇÃO

A interpretação jurídica envolve um processo intelectual que, atualmente, reconhece-se como excedente à tarefa de simplesmente tentar descortinar, a partir de métodos e princípios específicos aplicáveis sobre signos linguísticos, o significado da norma jurídica, sobretudo se tal significado for encarado como algo unívoco e previamente inserido no conteúdo normativo.

A interpretação da Constituição, além de marcada por esse novo papel criativo e crítico do intérprete, desenrola-se sob o influxo de princípios hermenêuticos que levam em conta as especificidades da norma constitucional, especialmente a sua superioridade hierárquica, o caráter político do seu conteúdo, sua linguagem marcadamente sintética e seu caráter normativo estrutural.

A nova hermenêutica constitucional tem na concretização dos direitos e garantias constitucionais fundamentais sua principal referência e seu principal objetivo, funcionando tais direitos e garantias, em sua dimensão objetiva, como fundamento axiológico de todo o sistema normativo e ordenamento jurídico.

Efetivamente, dos direitos e garantias fundamentais irradia força que imanta todo o ordenamento jurídico, vinculando o comportamento do Estado e de particulares, incidindo sobre a atuação legislativa, judiciária e executiva e funcionando como um novo paradigma e um novo método de interpretação da Constituição e das normas infraconstitucionais.

Sob o influxo dessa nova realidade, deflagrada pela Constituição Federal de 1988, o presente trabalho tem por objetivo analisar a sobredita centralidade dos direitos e garantias constitucionais fundamentais e, considerando a sua multifuncionalidade, ditada por suas dimensões subjetiva e objetiva, ponderar, de modo mais específico, sobre as funções por eles exercidas na nova hermenêutica constitucional, buscando verificar como e em que medida esse novo processo hermenêutico é por eles condicionado.

1 A CENTRALIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os direitos e garantias fundamentais ocupam posição central no atual sistema constitucional brasileiro, constituindo-se em elementos essenciais para se estabelecerem os contornos do Estado democrático de direito, o qual traz, em sua delimitação conceitual, um componente revolucionário de transformação da sociedade, que passa, necessariamente, pela positivação, eficácia e concretização daqueles direitos e garantias que, resultantes de conquistas históricas da humanidade, são indispensáveis para se assegurar a vida com dignidade.

Efetivamente, dos direitos e garantias fundamentais, positivados e não positivados na Constituição Federal de 1988, irradiam comandos dotados de real normatividade – para além, portanto, dos discursos políticos -, de total eficácia – imunes, portanto, a postergações e restrições do ordenamento infraconstitucional – e de inadiável concretude – libertos, assim, de interpretações que tratem de sua efetividade social como um debate extrajurídico.

Os contornos dados pela atual Constituição brasileira aos direitos e garantias fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos, revelam a opção do constituinte nacional por um modelo de Estado que abriga todos os direitos que, explicados e apresentados didaticamente por meio das chamadas “dimensões” ou “gerações” – embora de nenhuma forma restritos às limitações conceituais por elas trazidas -, confira aos cidadãos, do ponto-de-vista individual e coletivo, uma proteção integral que envolva todos os âmbitos de sua existência – física, moral, espiritual, social, etc. –, todos os bens tuteláveis individual e coletivamente - segundo um rol não fechado - e todos os modos de seu exercício, em suas relações com o Estado e com outros particulares.

Uma mudança digna de registro, em relação ao modelo constitucional anterior (Carta de 1967 e Emenda Constitucional nº 1/69), é a localização topográfica dos direitos e garantias fundamentais no atual texto constitucional, previstos logo no Título II, a partir do analítico rol de direitos enunciado pelo art. 5º. A escolha feita pelo legislador constitucional não é, efetivamente, uma mera formalidade sem real significado ou sem efeitos. Ao contrário, revela o propósito inequívoco de mudança de paradigmas, já desenhado no preâmbulo constitucional e alicerçado nos princípios fundamentais de que cuida o Título I da Constituição.

Com efeito, vê-se, de pronto, que o preâmbulo constitucional – para alguns, mero discurso político sem repercussões jurídicas² – apregoa que o Estado democrático instituído pela Assembléia Nacional Constituinte destina-se a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais. Aqui, de modo evidente, confere-se toda ênfase a tais direitos, imputando-se ao Estado o dever de assegurá-los, ou seja, garantir não apenas sua aplicabilidade, mas sua efetiva concretização, de modo que não se tornem adornos do ordenamento jurídico, mas a sua própria essência.

A respeito do preâmbulo constitucional, no sentido de reconhecer sua normatividade, é esclarecedor o ensino de Lages (2010), segundo o qual

Considerando o caráter formal da Constituição brasileira e o fato de que toda norma por ela incorporada a constitui, o preâmbulo, dispensável ou não, integra a Constituição. Não há como separar, à luz de constituições formais, normas constitucionais ou não da perspectiva material. O contrário é bem vindo: o reconhecimento de normas constitucionais além da formalidade. Mas desconsiderar o caráter supralegal de norma constitucional com base em seu conteúdo significa ruir com o postulado básico de uma Constituição formal. A partir de uma leitura adequada do ordenamento jurídico, baseada no aspecto normativo dos princípios e, como atesta Habermas, afinado ao código binário próprio do Direito, lícito-lícito, a natureza normativa do preâmbulo não pode ser negada.

Reconhecendo, igualmente, a força normativa do preâmbulo constitucional, assim preleciona Miranda (2002):

Para nós, o preâmbulo é parte integrante da Constituição, com todas as consequências. Dela não se distingue nem pela origem, nem pelo sentido, nem pelo instrumento em que se contém. Distingue-se (ou pode distinguir-se) apenas pela sua eficácia ou pelo papel que desempenha. O preâmbulo dimana do órgão constituinte, tal como as disposições ou preceitos; é aprovado nas mesmas condições e o acto de aprovação possui a mesma estrutura e o mesmo sentido jurídico. Nem deixaria de ser estranho que, estando depositado num mesmo documento e inserido numa mesma unidade, fosse subtraído ao seu influxo ou fosse considerado discipiendo para a sua compreensão. Tudo quanto resulte do exercício do poder constituinte – seja preâmbulo, sejam preceitos constitucionais – e conste da Constituição em sentido instrumental, tudo é Constituição em sentido formal.

O Título I trata dos princípios fundamentais, traçando, ali, os alicerces de um novo Estado de matizes democráticos, enunciando, já no art. 1º, os princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da promoção do bem de todos sem discriminações injustificáveis. Há, inequivocamente, um direcionamento constitucional para a promoção dos direitos humanos, mediante o respeito aos cidadãos e reconhecimento de seus direitos e garantias, a defesa de sua dignidade, o reconhecimento e valorização da sua força laborativa e a promoção do seu bem, afastada toda e qualquer forma de preconceito e discriminação negativa.

² Conforme decidiu na ADI 2076-AC, o STF entende que o preâmbulo da Constituição não constitui norma central do texto constitucional, sua reprodução não é obrigatória na Constituição estadual e não possui força normativa.

No art. 3º, também abrigado no Título I, os objetivos fundamentais da República brasileira apontam, de modo ainda mais eloquente, para a centralidade dos direitos e garantias fundamentais, sejam numa perspectiva individual ou coletiva.

Com efeito, analisando-se os incisos do sobrefalado art. 3º, não há como se anelar por uma sociedade justa sem que se tenha em conta a necessidade de que direitos abrigados no ordenamento jurídico sejam concretizados, refiram-se eles a direitos de liberdade, a direitos de participação, a direitos sociais ou qualquer outra roupagem com que possam se apresentar.

No mesmo esteio, falar-se em desenvolvimento nacional, em erradicação da pobreza e da marginalização, em redução das desigualdades sociais e regionais e na promoção do bem de todos, numa sociedade ainda marcadamente desigual, com má distribuição de renda, com educação deficitária, com a precariedade do sistema de saúde e outras agruras sociais, representa priorizar a concretização de direitos e garantias, a partir da implantação de políticas estatais e pela tutela, tanto coletiva quanto individual, de tais direitos.

É relevante trazer à luz, no exame da centralidade dos direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988, que, à vista da inquestionável essencialidade deles para a própria configuração do Estado democrático de direito, e se considerando o caráter dinâmico da sociedade e do próprio Direito, estabeleceu-se a cláusula aberta do § 2º do art. 5º, à vista da qual os direitos e garantias fundamentais podem ser tidos tanto como positivados – os elencados na própria Constituição e em Tratados Internacionais de que o Brasil seja parte – quanto como não positivados – os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal.

Experimenta-se, portanto, de forma exponencial, a ampliação do catálogo de direitos e garantias fundamentais, para além da listagem do art. 5º, e, a rigor, para além do próprio texto da Constituição.

A propósito dessa expansão dos direitos e garantias verificada no contexto brasileiro, vale trazer à reflexão o que afirma Bobbio (1992), que, ao enunciar razões justificadoras para o que chama de multiplicação dos direitos do homem - taxados de fenômeno social pelo autor -, preleciona:

a) por que aumentou a quantidade de bens merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem abstrato, mas é visto na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais *status* de indivíduo.

Como não bastasse o alargamento que decorre dessa abertura constitucional, a Constituição estabelece, ainda, no § 1º do art. 5º, a aplicabilidade imediata das normas definidoras de tais direitos e garantias, previsão essa que veda vislumbrar-se tais normas como sujeitas ao diferimento de sua aplicabilidade à vista da inexistência de normas regulamentadoras, assim como obsta que se lhes possa admitir a restrição de alcance decorrente de ulteriores balizamentos trazidos pela legislação ordinária.

Ainda há de se destacar a intangibilidade desses direitos e garantias, postos expressamente ao abrigo de eventuais investidas do Poder Constituinte Derivado, a quem se obsta, pela disposição do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição em vigor, deliberar-se acerca de proposta de alteração constitucional que seja tendente a aboli-los.

Todos esses fatos apontam para a suprema importância dada pela Constituição de 1988 aos direitos e garantias fundamentais, dos quais, pode-se assim dizer, irradia força que confere legitimidade e coesão ao ordenamento jurídico, vinculando o comportamento do Estado e dos particulares e incidindo sobre a atuação legislativa, judiciária e executiva.

Conforme assinalado por Sarlet (2010), a compreensão acerca da importância dos direitos e garantias na Constituição de 1988 passa pela percepção do cunho analítico, regulamentista e dirigente do seu texto, havendo o constituinte posto a salvo do legislador infraconstitucional as conquistas que poderiam, pelo menos em tese, ser erodidas ou suprimidas pelos poderes constituídos.

Quanto a esse aspecto, é de real importância afirmar, segundo o mesmo autor, o fato de que a Constituição de 1988 foi precedida por um período autoritário, de tal sorte que

A relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração do seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais (2010).

Assim, ao que se vê, a Constituição de 1988 pulsa sob o compasso dos direitos e garantias fundamentais, que se configuram, desse modo, não apenas como um somatório de conquistas históricas constitucionalmente positivadas, mas como um novo paradigma para o ordenamento jurídico e um novo método de interpretação do Direito, assunto específico de que se ocupa este trabalho nas linhas que se seguem.

2 A MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Para uma percepção adequada do tema da multifuncionalidade dos direitos e garantias fundamentais, deve-se destacar que esses direitos e garantias se apresentam,

inicialmente, sob uma dupla perspectiva: como direitos subjetivos pessoais (individuais e coletivos) e como direitos objetivos.

Sob o ponto-de-vista objetivo, a despeito das controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais lembradas por Sarlet (2010), pode-se afirmar, com o referido autor, que

os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais.

Como valores básicos, os direitos e garantias realizam a função de estabelecer os fundamentos sobre os quais se edifica todo o sistema de direitos e deveres, a partir do consenso geral acerca da idéia de justiça; como fins diretivos, determinam as aspirações mais essenciais, os objetivos e as metas da sociedade, influenciando decisivamente na definição de caminhos e estratégias a serem trilhados pela coletividade em busca da construção dos ideais cuja concretização ela mesmo elegeu como imprescindíveis.

Assim, para além da definição de direitos subjetivos, de fruição individual ou coletiva, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais assumem uma dimensão objetiva, como elementos da configuração estrutural da coletividade.

Nesse sentido, escreveu Almeida (2008), referindo-se ao ensino de Konrad Hesse:

os direitos fundamentais influem sobre todo o ordenamento jurídico em seu conjunto, satisfazendo uma parte decisiva da função de integração, organização e de direção jurídica da própria Constituição como Lei Fundamental.

Quanto à perspectiva subjetiva, os direitos e garantias fundamentais dizem respeito à reivindicabilidade, em face do Estado ou de particulares, de bens jurídicos que sejam objeto de tutela, refiram-se tais bens a pretensões individuais ou coletivas ou a liberdades, prestações positivas, interesses difusos, etc.

Alexy (2012), ao abordar direitos fundamentais como direitos subjetivos, formula proposta em que os apresenta segundo as seguintes “posições fundamentais”, conforme expressão usada por aquele autor: I – Direitos a algo, onde se situam os direitos de defesa (ações estatais negativas) e os direitos a ações estatais positivas; II – As liberdades, que são o direito de se fazer aquilo para o qual se é constitucionalmente livre, ou seja, direito ao não embaraço de ações; III – As competências, também chamadas de “poder” ou “poder jurídico”, “autorização”, “capacidade”, “direito formativo” e “capacidade jurídica”, vocábulos que, num esforço de síntese, apontam para a possibilidade de que o titular ou titulares de um direito

alterarem uma situação jurídica ou as posições jurídicas dos sujeitos de direito submetidos à norma.

Seja em sua conotação objetiva ou subjetiva, os direitos e garantias fundamentais realizam várias funções no ordenamento jurídico. Para compreendê-las, é essencial ter em mente, em primeiro lugar, que eles guardam inteira relação com o modelo de Estado adotado e, em segundo lugar, que são o resultado de um processo histórico-evolutivo ainda em curso, circunstâncias que depõem contra qualquer tentativa de se preestabelecerem limites quanto ao seu rol ou abrangência conceitual e que, no tocante às funções por eles exercidas, levam ao questionamento de modelos classificatórios tradicionais.

O mais elementar desses modelos de classificação é a teoria dos quatro *status* de Georg Jellinek, na qual ele separa os quatro *status* em que o indivíduo pode se encontrar em face do Estado, extraíndo-se, das situações descritas pelo autor, direitos e deveres distintos por sua natureza e pelas funções que desempenham.

Assim, para Jellinek, existe o *status* passivo, em que o indivíduo posiciona-se de forma subordinada ao Estado, em face do qual se sobrelevam os deveres individuais; o *status* negativo, que aponta para a não ingerência do Estado sobre o espaço de liberdade do indivíduo; o *status* positivo, que confere ao indivíduo o direito de exigir prestações materiais ou jurídicas do Estado; e o *status* ativo, que se refere aos direitos fundamentais de participação do indivíduo na formação da vontade do Estado.

Embora se reconheça a utilidade e fundamental importância da contribuição de Jellinek para a construção e desenvolvimento de uma teoria acerca das funções dos direitos e garantias fundamentais, sobretudo em razão da perspectiva lógica, racional e analítica em que a questão foi por ele apresentada, sua teoria não tem passado incólume a críticas.

Há a se considerar, evidentemente, em defesa de Jellinek, que suas conclusões foram decisivamente influenciadas pela quadra histórica em que atuou, pelo modelo estatal que lhe serviu de parâmetro de análise e pelo estágio de compreensão acerca dos direitos e garantias fundamentais no período de formulação da teoria.

Ainda assim, conforme assinalado por Alexy (2012), critica-se principalmente o formalismo da teoria de Jellinek, a abstração de suas afirmações, a espacialização – colocação dos diferentes *status* de modo isolado e estanque -, o indivíduo isolado e o obsoletismo.

Além disso, é possível, dentre outras questões que possam ser levantadas, apontar algumas ressalvas que indicam que a teoria de Jellinek perde grande parte de sua utilidade, sobretudo em se considerando o modelo atual do Estado brasileiro e as perspectivas com que os direitos e garantias fundamentais são encarados em nosso ordenamento jurídico.

A se ressaltar, inicialmente, que a teoria de Jellinek não leva em conta, em sua tarefa classificatória, o critério de concretização dos direitos e garantias, revelando-se, assim, incompatível com o novo constitucionalismo nacional, que tem, na necessidade de concretude dos direitos e garantias fundamentais, uma idéia-força que plasma todo o sistema jurídico.

Uma segunda ressalva é que Jellinek parte do pressuposto tradicional da separação dicotômica entre Estado e sociedade, que coloca em rota de colisão o estatal e o privado, perspectiva essa já em processo de superação para dar lugar à percepção de que Estado e sociedade são uma realidade única que, na conjugação dos esforços dos atores do processo, buscam a satisfação dos interesses coletivos.

Uma terceira ressalva é a exclusão dos particulares do rol dos obrigados ao atendimento dos direitos e garantias fundamentais, visto que os *status* de Jellinek referem-se exclusivamente a posições do indivíduo perante o Estado, deixando à margem outros obrigados hoje reconhecidos pelo ordenamento jurídico, como, para exemplificar, os patrões em relação aos seus empregados e os fornecedores em relação aos consumidores.

Aponta-se como uma quarta ressalva o caráter individualista dos *status* apresentados por aquele autor alemão, que ignoram os direitos de massa e, em consequência, a tutela de direitos e garantias de titularidade coletiva.

Por fim, como uma quinta ressalva, a perspectiva positivista de Jellinek e sua ênfase no legislador, perspectiva essa incompatível com o conceito - embora ainda fluido - do chamado neoconstitucionalismo, que coloca os direitos fundamentais acima do legislador ordinário e até mesmo do Poder Constituinte reformador.

Sejam quais forem os paradigmas que se utilizem na tentativa de descrever, de modo cientificamente adequado, as funções dos direitos e garantias fundamentais - e os paradigmas são vários, a julgar pelas inúmeras propostas classificatórias que essas funções atualmente recebem -, certo é que são múltiplas e abrangentes as sobreditas funções dentro do ordenamento jurídico, na medida em que se reconhecem, conforme alhures falado, as dimensões subjetivas e objetivas dos direitos e garantias fundamentais, e seu papel central na transformação social almejada pelo Estado democrático de Direito.

Considerando-se que o desiderato deste trabalho é, de modo bastante específico, cuidar das funções dos direitos e garantias fundamentais em relação, muito particularmente, à nova hermenêutica constitucional, revela-se suficiente constatar-se, pelo menos por enquanto, que tais funções serão tão mais várias quanto mais se ampliem os róis de direitos e garantias e de seus titulares, seja no plano individual ou no coletivo.

3 A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

3.1 Paradigmas tradicionais de interpretação constitucional

O desafio da atividade interpretativa pode ser delineado, numa perspectiva conservadora, como a busca do significado de um determinado objeto, visando a oferecer explicações sobre algo que, no prisma de quem o aprecia, apresenta-se de modo obscuro, ao menos parcialmente.

Nesse modo de encarar a tarefa de interpretar, o papel do intérprete jurídico se restringiria apenas a descrever a norma, descobrir o seu significado e descortinar seu alcance, partindo da premissa de que o enunciado normativo já possui, intrinsecamente, um significado predeterminado e unívoco que, embutido na linguagem com que se apresenta, reclama por ser descoberto.

Todavia, o esforço intelectual de interpretação, no âmbito jurídico, já é visto numa dimensão mais abrangente, conferindo-se ao intérprete uma atuação mais ativa e criativa. Garcia (2008), ao conceituar interpretação jurídica, afirma tratar-se de “processo intelectual que permite sejam alcançados conteúdos normativos a partir de fórmulas linguísticas, indicativo de que o intérprete constrói a norma com observância de um dado balizamento do texto normativo”.

Assim, nesse prisma, o intérprete, mediante a utilização de técnicas e métodos específicos, procura atribuir o real conteúdo e significado da norma, tarefa que excede o objetivo usual de superar ambiguidades semânticas e eventuais imprecisões terminológicas, para confiar àquele que interpreta uma atribuição que exorbita a de mero reproduzidor de significados.

É nesse sentido que fala Santos e Ehrlich (2012):

Aqui, já percebemos claramente uma imediata e fundamental ligação entre a jusfilosofia – da qual nos servimos para questionar o direito de forma lógica, metódica, racional e constante – e a hermenêutica. O conhecimento jusfilosófico nos permite detectar a ideologia contida na norma e, a partir disso, passarmos de meros reproduzidores de sentido a produtores de sentido. Afinal, não se interpreta para compreender, mas se compreende para interpretar.

Tais colocações são importantes para se ter em mente que, ao se adjetivar de tradicional determinada forma de interpretação de normas constitucionais, quer-se referir muito mais aos princípios e técnicas levados em conta no trabalho de interpretar do que a postura do intérprete.

A interpretação da norma constitucional é processo que, uma vez que se insere no âmbito da interpretação jurídica em geral, não prescinde, inicialmente, do uso de métodos e técnicas oferecidos pela hermenêutica jurídica tradicional. Assim, a hermenêutica constitucional está imbricada com a hermenêutica jurídica, não se podendo falar de um rompimento com os balizamentos tradicionais de interpretação por esta estabelecidos.

Ainda que sob o influxo das características peculiares que envolvem os enunciados normativos do texto constitucional – posição hierárquica superior, conteúdo notadamente político, linguagem marcadamente sintética, caráter normativo estrutural -, é livre de dúvidas que o intérprete da Constituição desincumbir-se-á de sua tarefa também pelo manejo de métodos hermenêuticos tradicionais, mesmo que estes acabem por se revelar insuficientes para uma adequada resposta a casos concretos que reclamem a aplicação da Constituição, sobretudo se pensarmos o vocábulo “aplicação” no sentido de concretização. Assim, métodos como a interpretação literal, a interpretação teleológica, a interpretação histórica e a interpretação sistemática são tomados emprestados da hermenêutica jurídica tradicional.

Todavia, conforme supra afirmado, as normas constitucionais distinguem-se das demais que integram o ordenamento jurídico por um conjunto de traços característicos, à vista dos quais o esforço interpretativo também deverá superar os balizamentos ditados pelos paradigmas ordinários de interpretação jurídica, com vistas ao desencadeamento de um processo de leitura da norma que seja compatível com a força normativa dos comandos constitucionais e com as tarefas, objetivos e métodos peculiares desse processo interpretativo especial.

A propósito, conforme assinalado por Häberle (1997), a teoria da interpretação constitucional tem reclamado um debate em torno de duas questões essenciais: primeiramente, a indagação sobre suas tarefas e objetivos, e, em segundo lugar, a indagação sobre os métodos que incidem sobre os processos e regras de interpretação.

Conforme assinalado por Vieira (2010)

As constituições são compostas por dispositivos com pretensão normativa, ou seja, enunciados que pretendem determinar condutas. Muitos dispositivos que compõem a Constituição, no entanto, afastam-se do padrão encontrado no direito ordinário, posto que a estrutura gramatical (principiológica), somada à terminologia (de alta densidade moral) empregada, não deixa claro a conduta a ser realizada. Isso faz da interpretação constitucional um processo mais complexo que aquele aplicado à legislação comum. Sendo a Constituição um documento que busca regular o todo, diferente das leis ordinárias que têm finalidades específicas, essa certamente estará obrigada a se utilizar de termos mais genéricos que as demais normas jurídicas. Isso, de partida, já coloca o intérprete constitucional numa posição ainda mais difícil que a dos demais operadores do direito.

A interpretação constitucional se processa, então, sob o influxo de métodos e princípios específicos (MARMELSTEIN, 2009), como o princípio da supremacia e imperatividade da Constituição, que reconhece a sua superioridade normativa e vincula a validade do ordenamento jurídico à sua adequação às disposições constitucionais; o princípio da unidade da Constituição, à vista do qual não se admite a existência de hierarquia jurídica entre normas constitucionais, o que aponta para a unidade harmônica do texto constitucional, sem contradições.

Destacam-se, ainda, o princípio da máxima efetividade, à vista do qual se deve buscar a maior efetividade social possível da norma constitucional; o princípio da concordância prática ou harmonização, que aponta para a coexistência harmoniosa de bens constitucionalmente protegidos, afastada a possibilidade de predomínio, em abstrato, de qualquer deles; o princípio da proporcionalidade, que diz respeito às ideias de bom-senso, moderação e justa medida; e o princípio da interpretação conforme a Constituição, segundo o qual, em caso de normas polissêmicas, há que se buscar a interpretação que melhor se compatibilize com o conteúdo constitucional.

Outras classificações há que permitem perceber a complexidade do processo interpretativo da norma constitucional, mas que não são abordadas neste trabalho, ante a delimitação dos seus objetivos. De se notar, ao fim, que a hermenêutica constitucional, mesmo que aqui adjetivada de tradicional – para se diferenciar das novas perspectivas de interpretação de que se fala diante – distingue-se da hermenêutica jurídica em geral por razões que dizem respeito, primordialmente, ao reconhecimento dos contornos específicos da norma constitucional.

3.2 A concretização como pressuposto da nova hermenêutica constitucional

A despeito de todas as peculiaridades típicas da hermenêutica constitucional, há um dado cuja efetiva observância é fundamental para que a interpretação da Constituição não resulte numa atividade que, apesar do reconhecimento da superioridade e imperatividade da norma constitucional, acabe não resultando na sua efetividade social.

Assim, impõe-se ao intérprete da Constituição, além do manejo dos princípios específicos de que se tratou acima, voltar sua atividade para a concretização dos direitos e garantias fundamentais, enfatizando, ao grau mais elevado possível, o suprafalado princípio da máxima efetividade.

A esse respeito, Marmelstein (2009) fala da normatividade potencializada dos direitos fundamentais, centrais no nosso sistema normativo, resultante do que chama de princípio da supremacia dos direitos fundamentais, cuja concretude é um imperativo do Estado democrático de Direito.

A respeito da necessidade de que os esforços interpretativos convirjam para a concretização dos direitos e garantias fundamentais, para além do mero reconhecimento formal de sua normatividade, Müller (2005) esclarece que

“Concretizar” não significa aqui, portanto, à maneira do positivismo antigo, interpretar, aplicar, subsumir silogisticamente e inferir. E também não, como no positivismo sistematizado da última fase de Kelsen, “individualizar” uma norma jurídica genérica codificada na direção do caso individual “mais restrito”. Muito pelo contrário, “concretizar” significa: produzir, diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito.

O que se propõe, portanto, é a solução das demandas sociais, sejam coletivas ou individuais, a partir da concretização dos direitos e garantias fundamentais, exorbitando, portanto, na dicção daquele autor alemão, os limites ditados pelo positivismo jurídico.

O liame entre a interpretação das normas constitucionais e os problemas concretos dos indivíduos e das massas foi realçado por Bastos e Meyer-Pflug (2010), que afirmam:

Note-se que por intermédio da interpretação as normas constitucionais podem ter seu conteúdo alargado, em virtude de transformações ocorridas na sociedade. Isso ocorre em função de o teor da norma jurídica só se completar por meio da interpretação. Destarte, há que se considerar também que a interpretação constitucional está relacionada com os problemas concretos, ou seja, não se pode apartar as normas jurídicas da realidade fática em que incidem. As primeiras devem amoldar-se às alterações ocorridas na segunda.

Barroso e Barcellos (2010) destacam a falta de efetividade das Constituições brasileiras, decorrentes, segundo afirmam, do não reconhecimento de sua força normativa e da falta de vontade política de lhe dar aplicabilidade direta e imediata, gerando o que chamam de “uma história marcada pela insinceridade e pela frustração”.

Afirmam, todavia, que a Constituição de 1988 foi o “marco-zero de um recomeço”, trazendo uma carga de esperança e um lastro de legitimidade sem precedentes, conferindo-se ao povo, ainda que tardiamente, o papel de protagonista do processo político nacional, e fazendo da efetividade da Constituição um rito de passagem para o início da maturidade institucional brasileira.

Cambi (2009) fala do caráter transformador da Constituição e, especificamente quanto ao lugar central dos direitos fundamentais nesse desiderato de transformação, faz uma

interessante metáfora, associando tais direitos a um trunfo em um jogo de cartas, conforme se transcreve a seguir:

Os direitos fundamentais formam um consenso mínimo oponível a qualquer grupo político que ocupe o poder. Vinculam às maiorias, porque, além de constituírem elementos valorativos essenciais à existência do Estado Democrático de Direito, descrevem exigências indispensáveis ao funcionamento adequado de procedimentos de deliberação democrática. Logo, ter um direito fundamental, em um Estado Democrático de Direito, equivale a ter um trunfo em um jogo de cartas. A carta de trunfo é aquela que prevalece sobre as demais, mesmo aquelas que tenham valor facial mais elevado. Ter um trunfo contra o governo democraticamente legitimado, baseado na regra da maioria, significa, ao final, que ter um direito fundamental é um trunfo contra a maioria.

A essencialidade e centralidade dos direitos e garantias fundamentais resultam, então, na imperiosa necessidade de que sejam marcados, também, pela efetividade e concretude, sendo esse, exatamente, o norte que a nova hermenêutica constitucional deve perseguir.

A concretização dos direitos e garantias fundamentais, é dizer, sua efetiva proteção tanto no âmbito estatal quanto nas relações entre particulares, deve configurar um novo método de pensamento a dominar o esforço intelectual de interpretação da norma constitucional, sendo esse o pressuposto básico da nova hermenêutica da Constituição.

A esse respeito, o acesso à justiça, consubstanciado no art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988³, deve ser visto como um pressuposto para a concretização de direitos e garantias, conforme assinalado por Cappelletti e Garth (1988):

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

No esteio dessa compreensão, a concretização dos direitos e garantias, pressuposto de um novo modelo de hermenêutica constitucional, reclama um Poder Judiciário independente, que possa julgar com liberdade e aplicar a Constituição sem indesejáveis interferências que tenham por objetivo aviltar, no plano da concretude, a aplicação dos direitos e garantias fundamentais.

Reclama, também, um sistema de acesso que garanta, ainda segundo o posicionamento de Cappelletti, a transposição de obstáculos, sejam eles relacionados aos

³ Art. 5º. (...). XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

custos do processo, às possibilidades das partes, a problemas referentes à defesa dos interesses de massa ou a qualquer outro embaraço que, de algum modo, tenda a solapar a multicitada concretização.

A Constituição como reserva de justiça, no dizer de Vieira (2010), efetivamente vivenciada por indivíduos e pela coletividade, é, por fim, o que deve anelar a nova hermenêutica constitucional. A respeito disso, afirmou o referido autor:

A ideia de que o intérprete constitucional deve sempre buscar a resposta moralmente mais correta para preencher o conteúdo aberto das normas jusfundamentais, ou para solucionar um conflito entre princípios, decorre da percepção de que as constituições não podem ter sua legitimidade limitada à sua positividade legal, a uma questão de fato. As constituições, se pretendem ser válidas, devem ser intrinsecamente boas, funcionando como “reserva de justiça” para os sistemas políticos e jurídicos que organizam.

4 AS FUNÇÕES DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Os direitos e garantias fundamentais, em sua dimensão objetiva, configuram-se como elementos axiológicos superiores do ordenamento constitucional. Representam, efetivamente, uma nova ordem de valores que plasma todo o ordenamento jurídico, condicionando tanto o comportamento dos agentes estatais quanto incidindo sobre as relações entre particulares.

Conforme assinalado por Marmelstein (2009), “como consequência dessa dimensão objetiva, qualquer interpretação jurídica deverá ser feita à luz dos direitos fundamentais, que se transformam no fundamento axiológico de todo o sistema normativo”.

O papel central dos direitos e garantias fundamentais, já mencionado neste artigo, faz da busca da sua concretização um método de pensamento, de tal forma que os esforços intelectivos empreendidos na tarefa de interpretar a norma jurídica devem ser impactados e condicionados pela necessidade de que tais direitos e garantias não tenham apenas reconhecida sua normatividade, mas que sejam apropriados pelos indivíduos e pela coletividade e tornados efetivos na dinâmica social.

Consoante afirma Almeida (2008)

Os direitos e garantias constitucionais fundamentais compõem o núcleo de uma Constituição democrática e pluralista e possuem tanto dimensão *subjetiva*, a qual se liga às pessoas individuais ou coletivas titulares de direitos, quanto *objetiva*, constituindo-se, nesse caso, parâmetro básico para a interpretação e concretização da própria ordem jurídica e da fixação dos parâmetros e valores do próprio Estado Democrático de Direito.

Esse mesmo autor (2008) faz lembrar, ainda, as principais diretrizes principiológicas e interpretativas relativas aos direitos e garantias constitucionais fundamentais, destacando-se, no rol por ele apresentado, a imprescritibilidade, a aplicabilidade imediata, a imunidade ante o Poder Constituinte reformador e em relação ao legislador infraconstitucional, a interpretação aberta e extensiva e a proteção integral.

Cambi (2009), ajudando a aclarar o papel dos direitos e garantias fundamentais na hermenêutica constitucional, lembra, sob o influxo do pensamento de Alexy, que eles são comandos *prima facie*, cabendo ao intérprete, nos casos concretos, perceber as suas possibilidades jurídicas e fáticas.

Poder-se-ia afirmar, contudo, para além do que afirma Cambi, que, em face da posição nuclear dos direitos e garantias fundamentais e tendo em vista a hermenêutica voltada para a sua concretização, que o papel do intérprete não se restringiria a deduzir as possibilidades jurídicas e fáticas no caso concreto, mas, à vista de cada caso, dispor a ação interpretativa no sentido de criar novas possibilidades e ampliar as que já sejam reconhecidas pelo ordenamento jurídico, a partir das demandas legítimas, sejam individuais ou coletivas, até o máximo que, na busca da sobredita concretização, se puder alcançar, observada a compatibilidade com o regime e princípios adotados pela Constituição de 1988.

Em face de seu caráter axiológico superior, os direitos e garantias fundamentais irradiam efeitos sobre todo o ordenamento jurídico. Consequentemente, interferem de modo decisivo na atuação do intérprete da Constituição, e não apenas sobre este, mas também sobre os que se incumbem de interpretar o conjunto normativo infraconstitucional.

A respeito dessa força irradiante, notadamente sobre o direito infraconstitucional, afirma Sarlet (2010):

Costuma apontar-se para o que a doutrina alemã denominou de uma eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, que, ademais, pode ser considerada – ainda que com restrições – como modalidade semelhante à difundida técnica hermenêutica da interpretação conforme à Constituição.

Dessa forma, os direitos e garantias fundamentais imantam todo o ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição de 1988, servindo de pedra angular que determina as bases da arquitetura jurídica do povo brasileiro e lhe serve de sustentação, sendo o mais relevante referencial da hermenêutica constitucional.

É possível, a partir dessa constatação, perceber algumas funções, mais especificamente consideradas, que se pode atribuir aos direitos e garantias fundamentais nesse modelo interpretativo que se convencionou denominar como “nova hermenêutica constitucional”.

Primeiramente, os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988 acabam por funcionar como elementos de coesão e sentido para o ordenamento jurídico nacional, funcionando como princípios de unificação da sociedade brasileira em torno dos objetivos determinados pelo Estado Democrático de Direito.

Em segundo lugar, exercem a função de elemento de aferição da legitimidade do ordenamento jurídico, funcionando como uma lente através da qual a realidade social deve ser enxergada, e, ao mesmo tempo, como um crisol que, sob trabalho árduo, contínuo e meticuloso, vai purificando o referido ordenamento, até que, livre das impurezas que aviltam, em última instância, a dignidade humana, ele possa refletir uma sociedade que se aspira livre, justa e solidária.

Em terceiro lugar, atuam como referenciais para o processo de enraizamento e contínua factibilidade do conceito de dignidade da pessoa humana na sociedade brasileira, para além da retórica e dos preconceitos.

Em quarto lugar, são uma bússola indicativa dos caminhos pelos quais se deve passar na construção dos objetivos fundamentais da República brasileira, notadamente a edificação de uma sociedade justa, com a eliminação da miséria e da marginalização de seres humanos e com a redução das repugnantes diferenças sociais.

Em quinto lugar, considerando o viés democrático desses direitos e garantias, a partir de uma perspectiva de participação popular, funcionam eles como vetor de expansão do rol dos atores do processo hermenêutico da Constituição, cabendo, aqui, atentar para o que diz Häberle (1997):

... A democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente “competente”, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio das formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais.

Esse mesmo autor destaca que o povo não é apenas um referencial quantitativo no dia da eleição, mas também um elemento pluralista para a interpretação legitimadora no processo constitucional, seja como partido político, como opinião científica, como grupo e como cidadão.

Finalmente, pode-se atribuir aos direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988, em relação à nova hermenêutica constitucional, a função de, a considerar o modo como positivados no texto constitucional, tanto do ponto de vista material quanto formal, fazer superar a dicotomia Estado versus Sociedade, o que leva, como corolário, à superação da antiga *summa divisio* “Direito Público e Direito Privado”, dando lugar a uma nova *summa divisio*, a saber, Direitos Individuais e Direitos Coletivos, ambos igualmente objetos de tutela jurídica.

5 NOTAS CONCLUSIVAS

Os direitos e garantias constitucionais fundamentais, na Constituição Federal de 1988, ocupam um papel sobrevalente em face do contexto sócio-jurídico nacional, configurando um sistema de valores superiores que plasmam todo o ordenamento jurídico e representam as mais elevadas aspirações do povo brasileiro.

Muito além, contudo, da dimensão subjetiva com que se apresentam - revelada por meio de um rol aberto de bens jurídicos constitucionalmente tutelados, a serem interpretados de modo ampliativo -, os direitos e garantias constitucionais fundamentais, em sua perspectiva objetiva, formam um conjunto de valores essenciais para a sociedade brasileira e que direciona a atuação dos poderes estatais e também dos indivíduos e grupos.

São, na verdade, valores essenciais para dar vida ao Estado Democrático de Direito, tipo estatal adotado pela vigente Constituição, apresentando-se como colunas de sustentação de todo um sistema de direitos e deveres, e como elementos diretivos que revelam quais são os desígnios a serem perseguidos pela coletividade brasileira.

Essa ação abrangente e profunda dos direitos e garantias constitucionais fundamentais sobre o ordenamento jurídico não permite que lhe escape do controle, da influência e do condicionamento, a nova hermenêutica constitucional, cujo cerne está, justamente, na concretização dos direitos fundamentais, para além, portanto, de sua mera positivação.

A interpretação constitucional, portanto, a partir do reconhecimento da “supremacia dos direitos e garantias fundamentais”, ganha novos contornos, na medida em que todo o processo hermenêutico, refira-se ele diretamente à Constituição ou às normas infraconstitucionais, deve ser realizado sob o influxo de tais direitos e garantias, sobretudo com foco na sua efetividade social, ideal a ser perseguido.

Aos direitos e garantias constitucionais fundamentais confere-se, então, no tocante à nova hermenêutica constitucional, a função de conferir coesão e sentido ao ordenamento jurídico, em torno do tema central da dignidade da pessoa humana, de aferir, como ponto de referência, a legitimidade do ordenamento jurídico, de favorecer o enraizamento e crescente facticidade do conceito de dignidade da pessoa humana, de orientar os caminhos que levam aos objetivos fundamentais eleitos pela Constituição, de apontar para a expansão da comunidade de intérpretes da Constituição e de potencializar a superação da antiga dicotomia entre Estado e Sociedade e entre Direito Público e Direito Privado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARROSO, Luís Roberto, e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Virgílio Afonso da Silva (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro, e MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. Virgílio Afonso da Silva (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro, e BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

LAGES, Cíntia Garabini. A natureza normativa do preâmbulo da Constituição de 1988. Aziz Tuffi Saliba; Gregório Assagra de Almeida; Luiz Manoel Gomes Júnior. (Org.). *Direitos*

Fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional. 1.ed. Belo Horizonte: Arraes, 2010, v. 01, p. 105-125.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Murilo Angeli Dias; EHRLICH, Priscila Aparecida. O que é isto – a hermenêutica constitucional. Siqueira, Dirceu Pereira, e Santos, Murilo Angeli Dias (org.). *Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional*. Birigui - SP: Editora Boreal, 2012, p. 1-11.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2.010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da Constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. Virgílio Afonso da Silva (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010